



LA FALTA DE TIPICIDAD EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS
IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS A LAS FIDUCIARIAS POR FALTA DE DEBIDA DILIGENCIA.

AUTORA

María Laura Barrer Andrade

AÑO

2020



FACULTAD DE DERECHO

LA FALTA DE TIPICIDAD EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUESTAS
POR LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS A LAS
FIDUCIARIAS POR FALTA DE DEBIDA DILIGENCIA.

Trabajo de titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para
optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Dr. Mirien Torrontegui

Autor

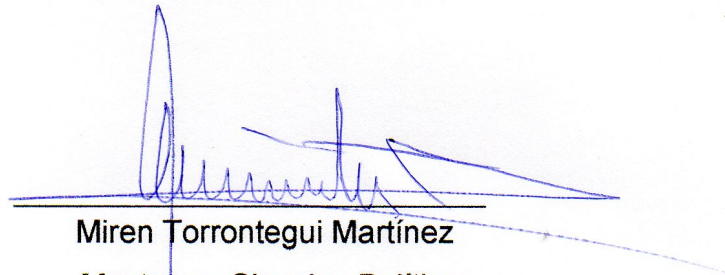
María Laura Barrera Andrade

Año

2020

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

"Declaro haber dirigido el trabajo, *"La Falta de Tipicidad en las Sanciones Administrativas Impuestas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a las Fiduciarias por Falta de Debida Diligencia"*, a través de reuniones periódicas con la estudiante María Laura Barrera Andrade, en el semestre 202020, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación

A handwritten signature in blue ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

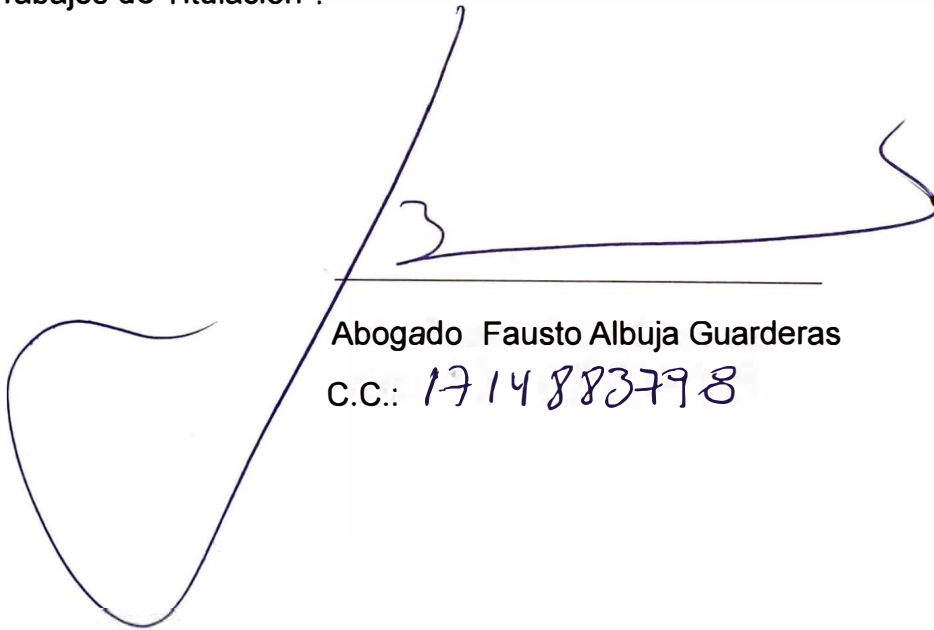
Miren Torrontegui Martínez

Master en Ciencias Políticas

CC 1708057631

DECLARACIÓN PROFESOR CORRECTOR

"Declaro haber revisado este trabajo, *"La Falta de Tipicidad en las Sanciones Administrativas Impuestas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a las Fiduciarias por Falta de Debida Diligencia"*, del María Laura Barrera Andrade, en el semestre 202020, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación".



Abogado Fausto Albuja Guarderas
c.c.: 1714883798

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.



María Laura Barrera Andrade

C.C.: 1714321534

AGRADECIMIENTOS

A los abogados, mentores y profesores que me guiaron.

Muchas gracias

DEDICATORIA

A mi Padre, mi aspiración,
guía y modelo a seguir. A
mi Madre, mi fortaleza.

RESUMEN

La presente tesis pretende demostrar que la normativa ecuatoriana no determina con criterios exactos y precisos los actos o tipos que constituyen la infracción administrativa *Falta de Debida Diligencia*, y por consecuencia las sanciones impuestas a las fiduciarias por el ente de control, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS), son contrarias a los principios constitucionales, administrativos y sancionatorios y pueden generar una extralimitación en las actuaciones del funcionario público al sancionar a las fiduciarias por uno o varios actos que pueden o no configurar esta infracción.

ABSTRACT

The present dissertation seeks to shed light upon uncodified administrative sanctions imposed by the supervisory agency. The offence of discussion, “Lack of Due Diligence”, does not constitute an administrative sanction under national law. Ecuador’s legislation does not establish with valid, sufficient, and precision, the acts or conducts that constitute the offence defined as “Lack of Due Diligence”. Consequently, sanctions imposed on trust companies by the supervisory agency, Superintendencia of Companies, Securities and Insurance, for its English translation, opposes constitutional, administrative and criminal law principles that may cause the public officials to act with arbitrariness.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. SANCIONES ADMINISTRATIVAS	2
2.1. La Potestad Sancionadora del Estado.....	3
2.2. Análisis del Concepto Sanción	4
2.3. Debate Doctrinario - Historia de las Sanciones Administrativas	5
2.4. El Derecho Administrativo Sancionador.....	6
2.5. Las Sanciones Administrativas en la Normativa Ecuatoriana.....	7
2.6. “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Praevia Lege”	8
2.7. Principios Rectores del Derecho Administrativo Sancionador.....	9
2.8. Principio del Debido Proceso.....	11
2.9. Principio de Legalidad y Juridicidad	12
2.10. Principio de Tipicidad	13
3. LA DEBIDA DILIGENCIA EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO... 	15
3.1. El Negocio Fiduciario.....	15
3.2. El Fideicomiso.....	16
3.3. El Contrato de Fideicomiso Mercantil	17
3.4. El Fiduciario.....	19
3.5. Obligaciones del Fiduciario.....	20
3.6. Responsabilidad del Fiduciario.....	21
3.7. La Obligación, la Responsabilidad y la Culpa	22

3.8. La Debida Diligencia en la Doctrina.....	23
3.9. La Debida Diligencia en la Normativa Ecuatoriana	25
3.10. La Debida Diligencia Contractual.....	29
3.11. Analogías Jurídicas de la Debida Diligencia	30
4. LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS (SCVS) A LAS FIDUCIARIAS POR FALTA DE DEBIDA DILIGENCIA.	33
4.1. Función y Competencia	33
4.2. Proceso Sancionador de la SCVS Frente a las Fiduciarias.....	36
4.3. Las Sanciones Administrativas y las Fiduciarias	38
4.4. Análisis de Casos	38
4.4.1. Caso Fideicomiso de Administración.....	39
4.4.2. Caso (II) Encargo Fiduciario	44
5. CONCLUSIONES.....	46
REFERENCIAS	49
ANEXOS.....	56

1. Introducción

Tanto la Constitución de la República del Ecuador (CRE) como las normas de administración e imposición de sanciones establecen a la tipicidad y legalidad como principios rectores de todo procedimiento administrativo sancionador. En donde,

"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento." (CRE, Art. 76, 2009) [énfasis agregado.]

Esta investigación tiene como objetivo demostrar que las sanciones administrativas impuestas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) a las fiduciarias por Falta de Debida Diligencia son contrarias a los principios constitucionales, administrativos y sancionatorios ya que no se encuentran tipificadas en la ley.

En virtud de esto, el primer capítulo analiza el concepto de sanción, la capacidad y rol del Estado para establecer medidas coercitivas, con un especial énfasis en el derecho administrativo sancionador y los principios rectores del mismo, establecidos por la Constitución de la República del Ecuador (CRE), la ley la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional. Con el fin de evidenciarlos y comprender si son o no aplicados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, al sancionar a fiduciarias por la *Falta de Debida Diligencia*.

El segundo capítulo desarrolla el negocio fiduciario y el contrato de fideicomiso mercantil con aras de comprender al fiduciario, sus obligaciones y responsabilidades, con especial hincapié en la obligación *de actuar con diligencia*. Posteriormente se profundiza el tema de debida diligencia y se realiza un análisis de las definiciones análogas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en el derecho internacional público y en el derecho penal. Este capítulo pretende demostrar que el régimen jurídico ecuatoriano no determina con criterios exactos y precisos aquellos actos o tipos que constituyen la *Falta de Debida Diligencia*.

Para guiar al lector hacia el problema jurídico establecido; el último capítulo pretende examinar la aplicación de la sanción "*Falta de Debida Diligencia*" por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) a las fiduciarias. Busca analizar la facultad y capacidad de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS), delimitar y comprender el proceso sancionador aplicable, y evidenciar con dos casos la aplicación discrecional y arbitraria del ente al sancionar a las fiduciarias por un "tipo" inexacto y subjetivo. ‘

Los resultados de la investigación protegen los principios establecidos en la Constitución del Ecuador y en la ley, y ponen en evidencia un vacío legal que contribuye a la inseguridad jurídica y legal de este país.

2. Sanciones Administrativas

A la luz de la historia y del debate doctrinario, el presente capítulo analiza el concepto de sanción para compararlo con el delito. Y frente a este, la capacidad y rol del Estado para establecer medidas coercitivas, con un especial énfasis en el derecho administrativo sancionador y los principios rectores del mismo, tipicidad y legalidad, señalados como

tales por la jurisprudencia internacional, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y la ley.

2.1. La Potestad Sancionadora del Estado

La potestad es la capacidad del Estado para crear mandatos imperativos (Cordero, 2014, p. 146). Estos pueden ser delegados a un tercero dentro de la administración pública para el beneficio del interés general. Entre los cuales, se encuentra la Potestad Sancionatoria, entendida como la facultad coercitiva del Estado ante una conducta calificada en el ordenamiento jurídico como ilegal (Merlano, 2017, p 347). En otras palabras, es la potestad del Estado para imponer una represión por el incumplimiento de un mandato imperativo (Nieto, 1994, p. 21- 22). Existen dos formas de represión; las penas, sujetas al derecho penal, la justicia penal y reguladas en Ecuador por el Código Orgánico Integral Penal (COIP) y las sanciones administrativas, sujetas al derecho administrativo sancionador, reguladas en Ecuador por el Código Orgánico Administrativo (COA) e impugnables mediante recurso ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Tanto la sanción como la pena derivan del mismo concepto, *Ius Puniendi* del Estado, es decir que en ambos casos se implementa una política represiva con el fin de proteger un bien jurídico (Cordero, 2014, p. 402). Vale decir que ambos conceptos parten de la misma identidad ontológica en la que el Estado tiene la facultad de establecer medidas para la prevención, corrección y represión de ilícitos penales o administrativos (Cordero, 2012, p. 132). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), en la sentencia, Oficio No. SVVS. IRQ, DRMV. SNFCDN. 2017. 01. 00527.OF, Ricardo Baena y otros vs. Panamá, explica que toda infracción se compone de la calificación de un hecho ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos y que "*las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado de naturaleza similar a la de éstas*" (Corte IDH, 2008).

2.2. Análisis del Concepto Sanción

La sanción, en amplio sentido, es la consecuencia negativa establecida por el ordenamiento jurídico por un acto de acción u omisión, que su resultado es la restricción o privación de derechos (Bermúdez, 1998, p.323). En palabras de Cordero (2014, p.132), es todo acto ilícito que tiene como consecuencia un castigo. La ilicitud, es la contrariedad entre el ser y el *deber ser* y según lo explica Merlano (2008, p. 347), es el fundamento para la imposición de una sanción. La ilicitud de un acto se vincula directamente con el concepto de delito, en el cuál para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable (Muñoz, 2004, p. 717). García Gómez de Mercado (2007, p. 47) añade y afirma que la misma definición puede aplicarse a las infracciones o sanciones administrativas, con la única diferencia de que la aplicación de la pena es realizada por la administración y no por los tribunales de justicia.

Se vuelve entonces indispensable identificar y definir los elementos que constituye cuando una acción u omisión es punible. Merlano (2008, p.347) define cada elemento; la tipicidad es la conducta establecida y calificada como delito o comportamiento ilícito en el ordenamiento jurídico en conjunto con su penalidad o sanción. La antijuricidad, el juicio negativo que recae sobre el comportamiento ilícito. Y, por último, la culpabilidad, la garantía constitucional de objetar la responsabilidad penal imputable a una actuación contraria a la ley, ya sea con intención o por negligencia (Merlano, 2008, p. 348). Esto quiere decir que la culpabilidad es la condición necesaria para justificar la pena en una conducta típica y antijurídica. El COIP (2014) en su Artículo 18 define a la infracción penal como “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.”

El COA en cambio, no establece, una previsión legal expresa de verificación de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para la imposición de una sanción. Sin embargo, al realizar un análisis de los principios rectores establecidos en la CRE, en la ley, en la doctrina y la jurisprudencia, se debe entender a los elementos del delito como los mismos de la sanción (Ulloa, 2017).

Por lo tanto, existe un derecho punitivo del Estado, regulador de la potestad sancionadora, compuesta del derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Ambos con las mismas categorías dogmáticas: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Empero, su esencia es la misma desde un punto de vista dogmático, durante la historia existió una discusión sobre su interpretación.

2.3. Debate Doctrinario - Historia de las Sanciones Administrativas

A partir de la ilustración y el iusnaturalismo se distingue el Derecho Penal de Policía o lo que ahora conocemos como Derecho Administrativo Sancionador del Derecho Penal. El Derecho Penal de Policía aparece debido a que la policía aplicaba sanciones inapelables. Cordero (2012, p. 130) explica que la justificación a la aplicación de sanciones inapelables era preservar la seguridad general, lo cual generaba discrecionalidad por parte de los policías es decir la administración. A pesar de este trato distintivo, a finales del siglo XIX, la doctrina alemana niega la existencia de un Derecho Penal de Policía distinto al Derecho Penal, establece que ambos sancionan a determinadas acciones por atacar un bien jurídicamente protegido e instituye un proceso judicial común para todas las acciones punibles (Cordero. 2012, p.130).

Con la revolución industrial el Estado empieza a tener mayor intervención, y como consecuencia, pasa a cumplir una función y relación más directa con los ciudadanos, su

rol es cuidar y asegurar el bienestar de la comunidad (Cordero, 2012, p.132). El cambio de comportamiento del Estado se convierte en la base argumentativa para diferenciar el Derecho Administrativo Sancionador del Derecho Penal de James Goldschmidt (Cordero, 2012, p. 132).

Goldschmidt destaca las diferencias entre las sanciones penales y las administrativas. Separa a las sanciones penales como los deberes del hombre *dentro* de una comunidad en donde se protege la voluntad y los de la administración como los deberes del estado *con y para* la sociedad en donde se protege el bien público y estatal (Cordero, 2012, p. 131). Erik Wolf, discrepa de Goldschmidt y desarrolla una teoría más formalista la cual reconoce el carácter penal en las sanciones administrativas. Considera que las sanciones administrativas se deben entender como derecho penal en sentido formal, pero derecho administrativo en el plano material.

A partir de estas teorías varios autores han concluido y negado cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena, afirmando la interdependencia de ambas manifestaciones del *ius Puniendi* y su propia autonomía, convirtiéndose cada uno en un instrumento de garantía del otro (Bermúdez, 1998, p. 328). Por lo tanto, se vuelve indispensable analizar el Derecho Administrativo Sancionador.

2.4. El Derecho Administrativo Sancionador

Según Mejía (2013, p. 138), el derecho administrativo sancionador está compuesto por principios y normas reguladoras que otorgan a la administración pública la facultad para conocer, actuar y sancionar sobre un *hecho tipificado en la Constitución o la Ley*. Nieto (1994, p.21- 22), añade que esta facultad permite a la administración pública imponer sanciones por acciones u omisiones establecidas como infracciones en el ordenamiento

jurídico. En palabras de Cordero, “el legislador tipifica la infracción, establece la sanción y atribuye a la Administración la potestad de aplicarla”. (Cordero, 2013). Bermúdez (1998, p. 324-325) por otro lado la explica como “retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa.

En este sentido, y en base a lo mencionado por varios juristas, se confirma la similitud con el derecho penal. El derecho administrativo sancionador es la facultad del Estado para aplicar sanciones sobre un hecho, tipificado o establecido como infracción en la Constitución o la ley. En donde la sanción es la retribución negativa, establecida en la ley como tal y la consecuencia de la infracción administrativa tipificada en el ordenamiento jurídico.

En el Ecuador, la CRE y el COA establecen los principios rectores del Derecho Administrativo y el procedimiento para la aplicación de una sanción.

2.5. Las Sanciones Administrativas en la Normativa Ecuatoriana

A pesar de que la CRE no hace mención literal de la dualidad de la potestad sancionadora y que el COA no señala expresamente la estructura dogmática de la sanción; en base a sus principios rectores, obligaciones y a los instrumentos internacionales, se deduce su interpretación. La CRE (2008) en su Artículo 76 dispone que todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al *debido proceso* que incluirá las siguientes garantías básicas:

“(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de

otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...).” (CRE, Art. 76, 2008) [énfasis agregado.]

De igual manera el numeral seis (6) del mismo Artículo establece: “(...) La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza (CRE, 2008, Art. 76.6).” [énfasis agregado.]

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 037-13-SEP-CC sobre el Artículo 76 menciona:

“El derecho constitucional al debido proceso es de fundamental importancia para el sistema de justicia ecuatoriano, puesto que garantiza que en la sustanciación de todos los procesos tanto judiciales como administrativos, las personas cuenten con garantías mínimas que les permitan obtener de la administración de justicia un resultado justo y amparado en la realidad de un caso concreto.” (Corte Constitucional, 2013) [énfasis agregado.]

2.6. “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Praevia Lege”

En el articulado la CRE exige que todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones se debe ajustar al debido proceso. El Artículo 76 de la CRE, garantiza que nadie pueda ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción administrativa; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (Sentencia 047-13-SCN-CC). Es

decir, que se aplica el principio rector del derecho penal, Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. – entendida como sin ley no hay pena.

La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado sobre la violación del principio Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege en el derecho administrativo y en relación con la garantía de la seguridad jurídica. Explica:

“En cuanto garantía de disposiciones y formulación regular de las normas e institucionalidad integradora de un sistema jurídico, que halló nítida expresión en el "celebre principio del iluminismo jurídico, formulado por Paul Johann Anselm Feurbach, "nullum crimen nulla poena sine lege", máxima que se ha identificado frecuentemente con el principio de legalidad penal, pero su alcance se proyecta a todo el ordenamiento jurídico (...) (Sentencia No. 064-12-SEP-CC). [énfasis agregado.]

En otras palabras y al entendimiento de la Corte Constitucional al mencionar que “su alcance se proyecta a todo el ordenamiento jurídico”, el principio se aplica también en el derecho administrativo. Por lo tanto, es imperativo preguntarse cuáles son los principios rectores del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador.

2.7. Principios Rectores del Derecho Administrativo Sancionador

El Tribunal Supremo de España en la sentencia No 244, de 1996, menciona que los principios se deben entender como pautas de interpretación de las normas por lo que:

“[...] los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado.” (Sentencia No 244,1996) [énfasis agregado.]

Agrega también que:

“[...] los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambas son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (Artículo 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo [...]” (Sentencia No 244,1996) [énfasis agregado.]

En la misma línea, y en base a lo establecido previamente, la jurisprudencia reconoce la aplicabilidad de principios del derecho penal en los asuntos de derecho sancionador. Un ejemplo de esto es la sentencia T-145 de 1993 de la Corte Constitucional de Colombia, la cual plantea que:

“Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionadoras. Respecto de la potestad sancionadora de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la prescripción de la responsabilidad objetiva -nulla poena sine culpa-, la presunción de inocencia, las

reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in ídem y de la analogía en malam partem, entre otras”, y en términos más precisos por el Consejo de Estado, al afirmar que “la potestad sancionadora de la Administración se legitima autónomamente, pero tiene los mismos títulos de la potestad penal” (*Consejo de Estado, 2016*).

2.8. Principio del Debido Proceso

Como se ha establecido con anterioridad la CRE (2008) alude a la obligación de asegurar el derecho al debido proceso en el Artículo 76. Por otro lado, la Ley, por medio Artículo 33 del COA (2017) dispone la obligación al debido proceso específicamente en los procedimientos administrativos.

Así mismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador con resolución Nro. 91-2010 explica que el debido proceso:

“(...) es una malla de contención contra la que choca la arbitrariedad y el abuso estatal... No es un fin en sí mismo, sino el compendio mínimo de garantías, que se deben observar para el desarrollo de una actuación oficial y de los sujetos procesales para desembocar en el estadio procesal y así proferir en el fallo definitivo. (...) su violación implica la transgresión de las garantías o normas que deben observarse dentro de determinada actuación procesal, previamente a la expedición del fallo (...).” (Nro. 91-2010, 2010) [énfasis agregado.]

De lo expuesto, vale recalcar que tanto la doctrina, la CRE, la ley, como la jurisprudencia establecen, en consenso, los principios sobre los cuales se construye el Derecho Administrativo Sancionador. Conectados por el principio de debido proceso, inherente del principio de legalidad o juridicidad, establecido tanto por la CRE como por la ley, se destacan los principios sustantivos que hacen referencia a la forma, es decir a cómo se configura y ejerce la potestad sancionadora. Entre estos se encuentra el principio de legalidad, reserva legal, tipicidad, culpabilidad, “non bis in idem”, proporcionalidad, presunción de inocencia, irretroactividad, entre otros. De estos y para efectos del tema sobre el que versa este estudio se analizará los principios de legalidad, juridicidad y tipicidad

2.9. Principio de Legalidad y Juridicidad

El principio de legalidad es la base del derecho penal y el derecho público. El COIP (Art. 5 # 1, 2014), hace referencia al mismo al establecer que “*no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho (...)*.” Así mismo, la CRE (2008) en su Artículo 226 determina que los órganos administrativos, como todo órgano del Estado, solo pueden ejercer las potestades y atribuciones que expresamente estén escritas en la Constitución y/o la ley.

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...).” (CRE, 2008, Art. 226) [énfasis agregado.]

Por otro lado, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (ERJFE), en su Artículo 192, contempla dentro de la potestad sancionadora el principio

de legalidad, que el COA ha sustituido por el principio de juridicidad, al mencionar que “*la actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código (...) (COA, Art. 14, 2017).*” Éste no difiere con el principio de legalidad, sino que, por lo contrario, lo complementa ya que contiene todos los ordenamientos jurídicos relevantes. Es decir, es más completo.

Como ya se ha explicado anteriormente, el principio de legalidad o juridicidad esta directamente vinculado a la seguridad jurídica y al debido proceso por la conexión que existe entre la norma escrita, nacional e internacional, y la obligatoriedad de la autoridad administrativa de cumplirla. Es decir que, según la interpretación dada por el COA, las autoridades no sólo están sujetas a los límites establecidos por la ley sino también en la CRE, en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia. Según Comadira (2015), el Principio de Juridicidad expresa “...la exigencia de que todo el accionar de aquel se someta al ordenamiento jurídico considerado como un todo.”

Vale concluir que el principio de legalidad o juridicidad se refiere a la sujeción de las autoridades a la ley; que la ley, debe ser entendida como el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Y que, el derecho administrativo se debe basar en el principio de juridicidad para garantizar su actuación.

2.10. Principio de Tipicidad

Como se ha establecido con anterioridad, la tipicidad es un condicionamiento esencial de la materia penal y administrativa. Así lo determina en el Artículo 76.3 de la CRE (2008), puesto que garantiza que los sujetos sean juzgados por actos que se encuentren establecidos en la ley, principio referido anteriormente como “*nullum crimen nulla poena*

sine lege” y establece la capacidad de la norma de introducir ilícitos y sanciones. El elemento esencial de este articulado y al que se hace especial mención, es que la conducta sancionada y la pena deben estar claramente estipuladas, haciendo una referencia directa a la potestad sancionadora que tiene el estado y al principio de tipicidad.

La tipicidad se refiere al contenido propio y exacto de la infracción es decir la definición precisa de la conducta ilícita. En el ámbito administrativo, el COA (2017), en los Artículos 29 y 30 la define como: *“infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.” [énfasis agregado.]*

El concepto de tipicidad en el COA es claro al establecer que a cada infracción le corresponde una sanción y que ésta no es susceptible a interpretaciones, lo cual significa que, si no hay infracción administrativa, con criterios exactos y precisos, no debe aplicarse una sanción administrativa. Corroborando así con la tesis principal del derecho punitivo, sin ley no hay pena.

Adicionalmente, el Artículo 248 (COA, 2017) menciona que como garantía del procedimiento se debe notificar al presunto responsable de: “(...) (i) los hechos que se le imputen, (ii) las infracciones que tales hechos puedan constituir y (iii) las sanciones que, en su caso, se le pueda imponer.”

El tratadista Plascencia (1966, p. 85) sostiene que la importancia de la tipicidad es que esta garantiza que los actos que se constituyan en conductas antijurídicas sean sancionados, según el legislador lo ha regulado, y la cual se encuentra *íntimamente*

ligado con el derecho a la seguridad jurídica específicamente en lo que corresponde a la aplicación de normas jurídicas, previas, claras y públicas”

Tanto la CRE como la ley y la jurisprudencia internacional, establecen los principios para la aplicación de sanciones administrativas. Los principales; para los fines de este análisis son: la debida diligencia, la tipicidad y la legalidad. Principios que de no ser aplicados por la administración para la imposición de sanciones violan la seguridad jurídica ya que puede llevar a la discrecionalidad y aplicación arbitraria de sanciones por parte del ente de control.

3. La Debida Diligencia en el Negocio Fiduciario

El presente capítulo define el negocio fiduciario y el contrato de fideicomiso mercantil para comprender al fiduciario, sus obligaciones y responsabilidades. Con especial hincapié en la obligación *de actuar con diligencia*. Consecuentemente, y debido a que el régimen jurídico ecuatoriano no determina con criterios exactos y precisos aquellos actos o tipos que constituyen la *Falta de Debida Diligencia*, profundiza el concepto, y realiza un análisis de las definiciones análogas establecidas en la ley y el derecho internacional público.

3.1. El Negocio Fiduciario

Sánchez (2008) explica que el negocio fiduciario ocurre cuando una parte realiza una atribución patrimonial (de bienes o derechos) con el fin de que esta sea administrada, temporalmente, según el fin pretendido. Y una vez se haya cumplido el fin, la atribución será devuelta. Es decir que el negocio fiduciario se compone de dos elementos; (1) uno

real, en la transferencia de bienes o derechos y (2) otro obligacional, el deber de cumplir el fin predispuesto (O'Callaghan, 2004). Agustín Luna, (2015, p. 340), sintetiza el concepto y manifiesta que:

“(...) es la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante [o fideicomitente], realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista.” [énfasis agregado.]

El Artículo 112 de la Ley de Mercado de Valores contenidas en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF II, 2006) define al negocio fiduciario como:

“(...) actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero (...).” (COMF II, Art. 112, 2006) [énfasis agregado.]

3.2. El Fideicomiso

La palabra fideicomiso proviene del latín: fide significa fe y comissus, comisión o encargo (Mendoza, 2016, p. 241). Partiendo desde el origen de la palabra o de la definición etimológica, el Fideicomiso es un negocio o encargo fiduciario y su esencia es la confianza y la buena fe.

El Artículo 109 del COMF II, (2006) define al fideicomiso mercantil como un contrato, “en el que el fideicomitente o constituyente trasfiere la *propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporables, que existe o que se espera que existan* al fiduciario.” Propiedad que se convierte en un patrimonio autónomo, de naturaleza individual y separada, que goza de personalidad jurídica. En el cual, el fiduciario es su representante legal.

3.3. El Contrato de Fideicomiso Mercantil

Tomando en cuenta lo antes mencionado, se vuelve importante recalcar que el fideicomiso no puede ser considerado una sociedad civil o mercantil, sino un patrimonio autónomo, instrumentado bajo un contrato mercantil, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario (Cevallos, 2009, p.314).

Las características que identifican al contrato mercantil son que es un contrato bilateral, principal, intuitu personae, oneroso, solemne, oblicuo, temporal, sucesivo, aleatorio e irrevocable y típico (Cevallos, 2009, p. 314). Las esenciales para los fines de la presente investigación son; la bilateralidad ya que requiere de responsabilidades y obligaciones recíprocas y equitativas entre el fideicomitente y fiduciario (Cevallos, 2009, p. 314). La principalidad del contrato dado que su existencia no depende de otro contrato. La esencia intuitu personae porque el encargo que efectúa el fideicomitente se basa específicamente en la *expertise* del fiduciario. Y finalmente la onerosidad, es decir que haya un intercambio de dinero, cabe recalcar que no existe un fideicomiso gratuito

Así como lo establece la ley, todo contrato debe tener capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita. Si el contrato no contiene alguno de estos cuatro elementos se considera nulo. (Iriarte, 1992, p 403) En base a esto, tanto la doctrina como la ley

ecuatoriana establecen dos tipos de elementos, los subjetivos y los objetivos. En cuanto a los elementos esenciales, la ley establece dos tipos, adicionales a los del contrato en general. Los elementos subjetivos se dividen en esenciales y no esenciales. Los esenciales, son indispensables y sin los cuales no se puede llevar a cabo el contrato. (González, 2005, p. 7) Estos según el Artículo 120 del COMF II son:

“ a) La identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios; b) Una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros; c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios; d) Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario; e) Las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión; f) La denominación del patrimonio autónomo que surge como efecto propio del contrato; g) Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil; h) Las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; e, i) Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.”(COMF II, 2006, Art. 120)

A si mismo se establecen las no esenciales, es decir aquellos elementos que no son indispensables. La ley menciona: a la facultad y la forma por la cual el fiduciario puede emitir certificados de participación de los derechos del contrato de fideicomiso mercantil, la existencia o no de juntas o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida y los demás establecidos por la ley (COMF II, 2006, Art. 120).

Por lo tanto y de lo expuesto, se concluye que el contrato de fideicomiso mercantil se basa en la buena fe de las partes. Entre las características principales esta que es un contrato bilateral, oneroso, principal e intuitu personae. Y sus elementos esenciales son la transferencia de los bienes, los derechos y obligaciones establecidos para cada parte, la remuneración, haciendo referencia a su característica onerosa y la autonomía del patrimonio.

3.4. El Fiduciario

El Fiduciario, o administrador fiduciario, es el responsable de dar cumplimiento al fin establecido en el contrato del fideicomiso (Cevallos, 2009, p 314). La actividad, actuación y facultades las establece cada legislación; en Ecuador solamente puede ser desempeñada por aquellas instituciones determinadas en la ley.

Los Artículos 97, 103 y 109 del COMF II, menciona que los fiduciarios son las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, constituidos bajo la especie de compañía o sociedad anónima. A partir de la derogatoria en 1998, del Artículo 51 literal (r), los bancos, las sociedades financieras, las mutualistas de ahorro y crédito no pueden actuar como fiduciarios (González, 2009, p. 41).

Cada negocio fiduciario es un patrimonio independiente y el fiduciario es el titular del patrimonio o bienes aportados. Por lo que es preciso enfatizar que el fiduciario no es el propietario de los bienes y no puede utilizarlos ni hacerse dueño de ellos. El rol del fiduciario es cumplir la finalidad prevista en el contrato de fideicomiso mercantil sin que esto garantice el efectivo cumplimiento de los resultados y finalidades ya que *“solo responderá de su gestión y no podrá asumir obligación directa sobre sus resultados (COMF II, Art. 125, 2006).”*

En otras palabras, la gestión del fiduciario es de medio y no de resultado donde el fiduciario solo debe actuar profesional y diligentemente para cumplir con las instrucciones determinadas en el contrato, sin que esta carga y *expertise* suponga la garantía de obtener el resultado (Rodríguez, 1997, p. 54). De tal forma que además de la diligencia y prudencia que debe emplear el fiduciario para lograr el fin establecido en el contrato la eficacia de su gestión depende de que sus obligaciones y responsabilidades estén claramente establecidas en el contrato.

3.5. Obligaciones del Fiduciario

Cevallos (2017, p 318) explica que el fiduciario tiene amplias facultades para el cumplimiento de la finalidad del contrato de fideicomiso, estas se resumen en: cumplir con el encargo conferido por el fideicomitente, no constar como beneficiario mercantil, ejercer el cargo de diligencia y profesionalismo, guardar lealtad en su labor siempre en beneficio del fideicomitente, llevar contabilidad exclusiva sobre las operaciones que tienen que ver con el desempeño del fideicomiso mercantil, no apropiarse de los bienes fideicometidos, rendir caución cuando se lo exigiere, rendir cuentas al fideicomitente, no garantizar ganancias y requerir instrucciones al órgano de control.

Adicionalmente, el Artículo 103 del COMF II (2006), en detalle establece que además de las obligaciones contenidas en el contrato y en la doctrina, le corresponde en calidad de fiduciario “(..) administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente.” [énfasis agregado.]

3.6. Responsabilidad del Fiduciario

De las obligaciones antes mencionadas, se desprenden responsabilidades civiles, administrativas y penales orientadas a obtener las finalidades establecidas por los fideicomitentes en el contrato de fideicomiso. Según Clusellas y Ormaeunea (2003, p 98), existen tres categorías de responsabilidad del fiduciario; (I) frente a terceros, (II) por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el fideicomiso y (III) penales.

En el ámbito civil, su responsabilidad se rige por lo establecido en el Código Civil (CC). En donde se compara al fiduciario con la conducta del mandatario y por ende con su vinculación al grado de culpa. Observando las reglas de culpabilidad del mandato y las de un representante legal. (Trigo, 1987, p. 28). Dado que el fiduciario está vinculado, a la responsabilidad civil de un profesional y por consecuencia al concepto global de reparar el daño causado, en base a nuestra ley, el fiduciario responde hasta de la culpa leve por el incumplimiento de su encargo.

Sin embargo, y a pesar de que los jueces de lo civil tienen la facultad de conocer la responsabilidad civil contractual del fiduciario cuando éste incumple lo regulado en el contrato, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) es quien conocerá todas las infracciones administrativas que se produzcan por infracciones del fiduciario a la Ley, reglamentos, resoluciones reguladas en el COMF II y en la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, (JPRMF) (COMF libro II, Art 206, 2006). Es decir que, en un acuerdo entre privados, en el cual el contrato es ley para las partes, una tercera parte independiente al contrato impone sanciones solamente una de a partes, la fiduciaria.

3.7. La Obligación, la Responsabilidad y la Culpa

Se vuelve indispensable un breve análisis de la obligación, la Responsabilidad y la Culpa. La obligación según el Art. 1453 del CC nace de varias formas, entre estas, de lo estipulado en el contrato. La responsabilidad, por defecto, es la consecuencia gravosa del acto que se atribuye como propio en el contrato (Barragán, S/A). En esa línea, con especial énfasis en lo contractual, y según Claro Solar (1978, p 320), la responsabilidad es la que “[...] corresponde a la diligencia y cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de las obligaciones que el contrato establece.”

La responsabilidad se caracteriza por su deber de “repara el daño causado por un obrar contrario al derecho” que, según Mosset (2007, p. 11) está directamente vinculado con el grado de culpabilidad. La doctrina identifica cuatro elementos de la responsabilidad, la ilicitud, culpa, daño y nexo de causalidad. Al hablar de la ilicitud se refiere a lo establecido en el contrato o en la ley como obligación, es decir que el acto contrario o el incumplimiento genera la ilicitud. La culpabilidad, es entendida como el descuido (grave, leve o levísimo) y el fundamento de la responsabilidad. El daño en cambio es el “perjuicio, detrimento, menoscabo o injuria de un interés jurídico protegido por la ley.” (Corte Suprema de Justicia p. 3730) Y, el nexo causal es la conexión entre el ilícito y el daño

En cuanto a la culpa, nuestro Código Civil define a la culpa leve como la diligencia o cuidado ordinario empleado en la administración del negocio. Entendida esta como “*el deber de administrar un negocio como un buen padre de familia (...)* (Código Civil, Art. 29, 2005).” [énfasis agregado.]

En palabras de Rodríguez (2004, p. 95 -100), la culpa es la falta de diligencia y cuidado en que incurre una persona en el cumplimiento de una obligación. Por tanto y siguiendo esta lógica, no es posible ser negligente sin antes establecer, en cierto grado, que es una *conducta diligente*. Lo que conlleva a concluir que la culpa es un concepto comparativo que debe ser determinado por medio de un patrón de comportamientos previamente configurados.

Tomando en cuenta esta analogía, se podría decir que, si no se determina con criterios exactos y precisos el patrón de comportamiento diligente, no se puede establecer una culpa directa y clara. Y entendida la responsabilidad y por consecuencia la culpa del fiduciario a partir de la *diligencia* se vuelve indispensable analizar la diligencia dentro del marco legal y en relación fiduciaria, lo cual se analizará más adelante.

3.8. La Debida Diligencia en la Doctrina

En términos generales y según la Real Academia Española (RAE) el termino, debida diligencia es: *“Conjunto de precauciones que la ley o el buen sentido aconsejan adoptar en el desarrollo de una actividad para evitar daños previsibles.”* (RAE) [énfasis agregado.]

Por otro lado, Sonia Valenzuela (2015), en su Artículo “Debida Diligencia” publicado en el periódico La República, explica que lo contrario a diligencia es la incapacidad de resistir los impulsos, es decir actuar sin raciocinio y que, por consecuencia, debida diligencia es actuar después de *“explorar la situación, evaluarla y explorar las posibilidades de éxito o fracaso.”*

De la definición de la RAE y la de Valenzuela se destaca que la debida diligencia debe estar establecida por la ley, que debe evitar un daño previsible, y que es el arte de explorar, evaluar y actuar en base a dicho análisis.

Ahora bien, Ferrán (1987, p. 33) analiza el concepto “diligencia” desde un punto de vista contractual y lo estudia desde dos perspectivas; la subjetiva y la objetiva. La primera se refiere a la intención del deudor de cumplir con lo que se ha obligado, en otras palabras, se refiere a la voluntad o animo del deudor y no necesariamente al cumplimiento de esta. La segunda hace referencia a una conducta determinada y no basta con la mera intención de cumplimiento. Esto quiere decir que la diligencia se determina por el cumplimiento de una determinada actividad. Ferrán (1987, p. 39) concluye y define a la diligencia como: “regla de conducta impuesta imperativamente al deudor en el cumplimiento de la obligación, de acuerdo con un modelo previamente determinado.”

La definición dispone que la diligencia se materialice en una conducta y acorde al modelo de conducta establecido y según la naturaleza de la obligación. Esto quiere decir que una diligencia solo puede ser infringida cuando y solo si, existe una conducta exigida y adecuada (Chavarría, 2014, 64).

Dentro del derecho penal se podría entender a la diligencia como los delitos de acción imprudente que, según Román (2015, p. 153) en su libro *“Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación”*, ocurren como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido. En la que explica que la esencia de la imprudencia es *“la infracción del deber objetivo del cuidado, o la infracción de la norma de cuidado.”* Que exige una conducta establecida para que, en el momento suceda, se realice la valoración de su cumplimiento y se lo analice con la conducta esperada.

Por otro lado, y en relación con la debida diligencia del fiduciario, la doctrina la define como una conducta en la que el fiduciario debe cumplir con un mínimo de adecuaciones técnicas respecto de la actividad. Según Baena (2013, p. 270), la noción jurídica de diligencia supone un nivel de exigencia que seleccione perceptivamente los actos concretos en que debe manifestarse y que sean jurídicamente vinculantes para el fiduciario. Es decir que la diligencia o “debida diligencia” debe tener un criterio de exactitud o cumplimiento medible. Esto según Baena (2013, p. 270) es de suma importancia ya que de lo contrario la diligencia se mide solamente por medio del cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el contrato.

Si la finalidad del fiduciario es administrar o enajenar los bienes fideicomisados, se crea una obligación de hacer, entendida como debida y aplicable en el futuro (Baena, 2013, p. 269). La diligencia debe estar relacionada al nivel de exigencia de cada uno de los actos realizados para obtener el fin establecido en el contrato. Es decir que, si estos no están establecidos, el definir el nivel de diligencia del fiduciario se vuelve más complejo.

3.9. La Debida Diligencia en la Normativa Ecuatoriana

En la legislación ecuatoriana, el concepto tiene varias acepciones. Por un lado, la CRE, menciona el concepto debida diligencia como principio rector en los procesos de administración de justicia aplicado por los servidores judiciales, operadores de justicia y jueces. (CRE, Art. 172, 2008) En el mismo sentido, la Corte Constitucional se pronunció en el CASO No. 1854-15-EP (2018) y define a la debida diligencia como:

“la actuación pronta y prolija por parte de las autoridades jurisdiccionales; esto es, en un tiempo razonable y dando trámite a la causa con apego a la normativa

pertinente, con el objeto de dar efectiva protección a los derechos e intereses de las partes.” [énfasis agregado.]

El CC se refiere al término “diligencia” al describir el concepto de culpa leve. Y lo define como “descuido leve, descuido ligero es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (CC, Art. 1563, 2005).” Haciendo referencia directa al concepto de “buen padre de familia.”

El cuerpo legal antes mencionado, hace referencia a la diligencia de un administrador, de la responsabilidad y culpa que éste puede tener por falta de cuidado o diligencia en sus negocios propios. Es decir que la diligencia está directamente relacionada al ámbito civil y a la culpa.

En lo referente a la debida diligencia en el ámbito penal y administrativo, la *Falta de Debida Diligencia* no se encuentra tipificada ni en el COIP ni en el COA. Éstos mencionan el término diligente como un adjetivo a las actuaciones que debe tener la administración y de los funcionarios públicos.

Tomando en cuenta lo antes mencionado y si se relaciona la debida diligencia con la culpa o el deber de cuidado, el COIP (2014) en el Artículo 27 señala que para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado debe tener un resultado dañoso y debe encontrarse tipificado como infracción en el mismo código.

Por otro lado, la JPRMF (2017) entendida como el ente regulador de los contratos fiduciarios y de las fiduciarias, en el Artículo. 1 numeral 18 del tomo XVIII define el concepto de debida diligencia para la prevención de delitos financieros por parte de las instituciones del sistema de seguro privado:

“conjunto de políticas, procesos y procedimientos que aplica la entidad, a sus accionistas, clientes, empleados, prestadores de servicios de seguros, y mercado, para prevenir que se la utilice como un medio para el cometimiento de lavado de activos (...)” [énfasis agregado.]

En este mismo cuerpo legal se define a la debida diligencia como: mejorada, reforzada o ampliada y simplificada. La debida diligencia mejorada, reforzada o ampliada se refiere a conjunto de políticas, procesos y procedimientos más exigentes mientras que la simplificada, son aquellas medidas de baja responsabilidad o menos exigentes. Los dos tipos, relacionados a prevenir el cometimiento de delitos financieros.

Consecuentemente, en esta misma línea, la Norma de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismos y Otros Delitos (NPLAFTOD), define y desarrolla algunos lineamientos sobre la debida diligencia, en términos y con el fin de para prevenir el cometimiento del lavado de activos, financiamiento del terrorismo, entre otros.

“La Debida Diligencia es el conjunto de acciones que el sujeto obligado debe desarrollar para conocer adecuadamente a los clientes, colaboradores, proveedores y corresponsales reforzando el conocimiento de aquellos que por su actividad o condición sean sensibles al lavado de activos o al financiamiento del terrorismo y otros delitos.” (NPLAFTOD, Art. 10,2018,) [énfasis agregado.]

Sobre el procedimiento, la ley establece que la debida diligencia se refiere a:

“Los procedimientos de Conozca a su cliente; Conozca a su empleado, socio/accionista; Conozca a su mercado; Conozca a su Corresponsal; y Conozca su proveedor, a través de políticas, mecanismos y procesos establecidos por los sujetos obligados a los que se refiere esta norma, que tienen como finalidad prevenir y controlar mejor la posibilidad del cometimiento de lavado de activos o financiamiento del terrorismo y otros delitos.” (NPLAFTOD, Art. 2, 2018) [énfasis agregado.]

Desde el Artículo 10 al 26 de la JPRMF (2017) Tomo X, se explora las políticas y procedimientos sobre la debida diligencia con relación a lo antes mencionado, como es: conozca a su cliente, formulario de información, documentación anexa, registro de clientes, personas políticamente expuestas, entre otras.

Por lo antes expuesto se puede concluir que, a pesar de que varios cuerpos normativos intentan definir el concepto de debida diligencia su interpretación y aplicación varía. La normativa ecuatoriana no define con exactitud qué es *la Falta de Debida Diligencia*, ni establece un concepto que ayude a cuantificar una debida diligencia fiduciaria. Por lo tanto, es pertinente realizar un análisis del concepto en base al elemento principal que compone el negocio fiduciario, el contrato.

3.10. La Debida Diligencia Contractual

Se ha establecido con anterioridad que el fideicomiso es un contrato y en este ámbito, la doctrina define a la diligencia como una regla impuesta al deudor para el cumplimiento de una obligación en base a un modelo de conducta previamente determinado (Ferrán, 1987, p 33). De esta forma su determinación de culpa ocurre con la comparación de la conducta realizada y la que debía realizarse y según el tipo de obligación y conducta determinada. El Artículo 125 del COMF II (2006), determina que los fideicomisos tienen obligaciones de medio y señala:

“De las obligaciones de medio y no de resultado. - No obstante, las obligaciones señaladas precedentemente, así como las que se prevean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan. El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.” (COMF II, 2006, Art. 125) [énfasis agregado.]

El articulado cumple con establecer el nivel de responsabilidad por la cual responde una fiduciaria al administrar un fideicomiso, no obstante, la ley no dispone la regla ni la conducta determinada sino menciona la obligación de actuar diligente y profesionalmente, permitiendo que se establezca en el contrato la conducta y los parámetros de actuación. Chavarría (2014, p.68) considera que”

“son las partes del contrato las que definen, salvo que no lo señalen y entonces opere supletoriamente la ley, cuál es la diligencia y el cuidado al que se comprometen y cuál es la prestación que procuran alcanzar, diferenciándose así obligación y prestación” [énfasis agregado.]

En otras palabras, el contrato establece el nivel de diligencia por el cual se deben guiar las partes generando criterios objetivos y claros de comportamiento para el cumplimiento de las obligaciones, guiándose por el principio fundamental del derecho civil y contractual, Pacta sunt servanda, el contrato es ley para las partes. Por lo que cabe la pregunta, ¿Qué pasa si el contrato no establece la diligencia y el cuidado que debe tener la fiduciaria?

3.11. Analogías Jurídicas de la Debida Diligencia

En vista de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no define con criterios exactos y claros a la *“debida diligencia”* o la *“Falta de Debida Diligencia”* es adecuado realizar analogías con algunas áreas o ramas del derecho en las que se ha desarrollado este concepto.

En el derecho internacional público, específicamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha desarrollado el concepto de debida diligencia desde la obligación del Estado de sancionar la violación de derechos humanos. Establece que los principios generales de la debida diligencia para la investigación de graves violaciones son: “oficiosidad, oportunidad, competencia, independencia e imparcialidad, exhaustividad, participación de las víctimas y sus familiares. (CEJIL, 2010, p.22).”

Además de los principios previamente enumerados, la Corte Internacional de Derechos Humanos (CIDH) enumera y detalla los elementos que debe contener una investigación de acuerdo con los estándares de debida diligencia. Es decir que delimita qué es una debida diligencia, para así poder fácilmente determinar qué constituiría la *Falta de Debida Diligencia* (CEJIL, 2010, p.22).

En la misma línea, Salgado (2018), en su Artículo “*¿De qué hablamos cuando hablamos de debida diligencia?*” analiza el concepto según los Principios Rectores establecidos por las Naciones Unidas. La Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos define la debida diligencia como:

“la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una [persona] prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; (...)”. (Salgado, 2018) [énfasis agregado.]

En este sentido, la debida diligencia se refiere a un conjunto de herramientas o medidas a través de las cuales los sujetos se guían para actuar con prudencia y razonabilidad. En esta línea, las Naciones Unidas establece una serie de medidas que deben practicarse para que se actúe con debida diligencia. (Salgado, 2018). Es decir, la debida diligencia está delimitada.

Por lo tanto, para los fines consiguientes, si se compara a la fiduciaria con el Estado en donde los mandantes son los fideicomitentes o constituyentes, la fiduciaria al igual que los estados, debería tener delimitado ya sea por medio de medidas o procedimientos qué es la debida diligencia.

El derecho penal explora la debida diligencia con relación al “delito imprudente” o culposo ya que la doctrina menciona “el deber de cuidado” como fundamento del tipo imprudente. Fernández (2002, p. 106), explica que la responsabilidad por imprudencia se funda en el deber de evitar el daño mediato o indirecto. Lo fundamental de esta explicación radica en que, se debe determinar si la omisión de debida diligencia o el “deber de evitar el daño,” tiene una relación directa con el resultado. El fin de esto es determinar si el resultado ocurrió por el riesgo implícito en la omisión de la diligencia o no (Fernández, 2002, p.107).

Adicionalmente, y en la misma rama, La Corte de Apelaciones de Santiago establece:

“(...) no se infringe el deber de cuidado cuando en la situación concreta su obediencia no hubiere evitado el resultado acaecido. Si en el evento de una acción técnicamente correcta, el desenlace fuese el mismo, entonces el error o fallo cometido no ha sido jurídicamente irrelevante frente al mismo, y la ley requiere que el daño se produzca por negligencia culpable”. (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 1993) [énfasis agregado.]

Por lo tanto y bajo este entendimiento la debida diligencia debe ser entendida en base a la obligación de medio, dentro de un contexto determinado y atendiendo a las circunstancias de cada caso. Y según el derecho penal, tomando en cuenta si el resultado es causa directa y es por falta del deber de cuidado.

Esta analogía no pretende establecer un concepto sustancial, sino cuestionar su aplicación en el entorno fiduciario. La subjetividad y falta de determinación de los actos o tipos que constituyen la *Falta de Debida Diligencia* en este ámbito; puede llevar al ente regulador y sancionador a actuar arbitrariamente al momento de imponer sanciones.

4. Las sanciones impuestas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) a las fiduciarias por *Falta de Debida Diligencia*.

Habiendo establecido los principios rectores y normas de administración e imposición de las sanciones administrativas, y estudiado la debida diligencia en el negocio fiduciario; el presente capítulo pretende ilustrar la aplicación de la sanción por "*Falta de Debida Diligencia*" por parte de la SCVS a las fiduciarias. Busca analizar la facultad y capacidad de la SCVS, delimitar y comprender el proceso sancionador aplicable, para después evidenciar con dos casos (Resolución No. SCVS-IRQ-DRMV-2017.1412, Resolución No. SCVS.INMV.DNC.DNFCDN.16.0001789) la aplicación discrecional y arbitraria del ente al sancionar a las fiduciarias por un "tipo" inexacto y subjetivo.

4.1. Función y Competencia

Las Superintendencias "son organismos técnicos de vigilancia, auditoria, intervención y control de las actividades y los servicios que prestan las entidades públicas y privadas en Ecuador (CRE, Art. 213, 2008)." La SCVS, es una institución pública que hace parte de la Función de Transparencia y Control Social. Su fin es promover el mercado de valores, el sector societario y de seguros.

La SCVS podrá actuar de oficio o por requerimiento ciudadano, es un organismo técnico, con autonomía administrativa, económica y financiera (Ley de Compañías (LC), Arts. 430 y 431, 2008). Tiene personalidad jurídica y su primera autoridad y representante legal es el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros (CRE, Arts. 204 y 231, 2008). Está conformada por Intendencias, Direcciones y Subdirecciones.

Las funciones de la SCVS, en el ámbito societario, son la vigilancia y control, en los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables de las distintas compañías nacionales y las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en Ecuador (LC, 2008, Art.432). Desde su creación en 1967 la SCVS se ha consagrado como un organismo técnico que supervisa a las compañías en Ecuador. En 2016, la SCVS asume la competencia para vigilar, auditar, intervenir, controlar y supervisar el área de seguros (COMF II, Art. 78, 2006).

En el ámbito de mercado de valores y por ende en los negocios fiduciarios, la SCVS ejerce sus funciones a través de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores y de la Dirección Regional de Mercado de Valores.

La CRE y la ley establecen que los organismos públicos de control y regulación tienen la facultad de “expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia siempre que estas no alteren o cambien las disposiciones legales previas (CRE, Art. 132, 2008).” En el caso de la SCVS otorga la facultad reglamentaria especial, para expedir regulaciones, reglamentos y resoluciones necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control (LC, Art. 433, 2008). Esta facultad se aplica también para resolver los casos de duda que se suscitaren en la práctica (LC, Art. 433, 2008). Y, en el área de Mercado de Valores, “(...) otorga la facultad de expedir los actos administrativos de control en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales ni las regulaciones que expida por la JPRMF (COMF II, Art. 10, 2006)” [énfasis agregado.]

A pesar de que la JPRMF concede a la SCVS la facultad de expedir actos administrativos, es importante recalcar que el rol de la JPRMF (2017) es emitir regulaciones de carácter general y está sobre la SCVS (COMF II, Art. 10, 2006). En el

COMF II (2006) se establecen las funciones de la SCVS, siendo relevantes para el presente documento las siguientes:

- *“2) Inspeccionar, en cualquier tiempo a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores, con amplias facultades de verificación de sus operaciones, libros contables, información y cuanto documento o instrumento sea necesario examinar, sin que se le pueda oponer el sigilo bancario o bursátil, de acuerdo con las normas que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, exigiendo que las instituciones controladas cumplan con las medidas correctivas y de saneamiento en los casos que se disponga.*
- *3) Investigar de oficio o a petición de parte las infracciones a la presente Ley, a sus reglamentos, a los reglamentos internos y regulaciones de las instituciones que se rigen por esta Ley, así como las cometidas por cualquier persona, que directa o indirectamente, participe en el mercado de valores imponiendo las sanciones pertinentes, así como poner en conocimiento de la autoridad competente para que se inicien las acciones penales correspondientes, y presentarse como acusador particular u ofendido, de ser el caso*
- *4) Velar por la observancia y cumplimiento de las normas que rigen el mercado de valores*
- *6) Conocer y sancionar las infracciones a la presente Ley, a sus reglamentos, resoluciones y demás normas secundarias.” (COMF II, Art. 10 # 2,3, 4, y 6, 2006) [énfasis agregado.]*

Sobre la facultad de imponer sanciones y a pesar de que el COMF II (2006) en su Artículo 10 numeral 6 y el Artículo 206 otorga la facultad de sancionar a la SCVS, el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos de la SCVS, aprobado mediante resolución No. ADM 13-003 (2014), faculta al Intendente Nacional de Mercado de Valores

a imponer sanciones administrativas a los partícipes del Mercado de Valores por transgresiones a la ley en nombre y en representación de la SCVS.

4.2. Proceso Sancionador de la SCVS Frente a las Fiduciarias

Una vez establecido el proceso y en base a lo analizado, se entiende por potestad sancionadora de la SCVS la facultad de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo, con ocasión del cometimiento por parte de los entes societarios o aquellos que forman parte del mercado de valores, de cualquier infracción administrativa y tipificada. Y, es claro que, por tanto, tiene la potestad de investigar y sancionar las infracciones de las instituciones tales como las Administradoras de Fondos y Fideicomisos o fiduciarias (COMF libro II, Art 206, 2006).

En términos generales, el procedimiento sancionador comprenderá cuatro etapas, la inicial, instrucción, resolutive y la ejecución. La inicial se da de oficio, por acuerdo del órgano competente, por iniciativa propia, como consecuencia de una orden o petición superior o denuncia y se formaliza por medio de un acto administrativo expedido por el órgano instructor. (El COA, Art. 150, 2019). Con la iniciación del acto se notifica a las partes y durante esta primera etapa, se pueden ya establecer medidas de carácter cautelar.

En primera instancia, para las fiduciarias, el órgano competente es el Titular de las Unidades Administrativas Técnicas, o su delegado, en el caso de las fiduciarias es la Dirección Nacional de Negocios Fiduciarios de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores. Este órgano se encarga de la investigación, averiguación, auditoría o inspección de las infracciones realizadas por fiduciarias. (Normas para Imposición de Sanciones por Procedimiento Administrativo (NISPA) de la SCVS., Art.2, 2008)

Posteriormente, el órgano competente para la iniciación e instrucción del procedimiento sancionador es el titular de la Dirección Nacional de Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores, y de la Subdirección de Fiscalización. (Normas para Imposición de Sanciones por Procedimiento Administrativo (NISPA) de la SCVS, 2018, Art. 2)

El inculpado tiene dos escenarios al contestar; el primero reconocer la responsabilidad y el proceso culmina con la imposición de la sanción y/o una posible reducción por cumplimiento voluntario de la sanción (COA, 2019, Art. 255), y el segundo alegar, aportar documentos o información relevante y/o solicitar la práctica de diligencias probatorias (COA, 2019, Art. 255). Cabe mencionar que, durante todo el proceso, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública (COA, 2019, Art. 256). Durante esta etapa de instrucción, se debe elaborar un informe de fiscalización el cual reflejará el resultado de la investigación y la valoración de las pruebas (NISPA, 2018, Art. 30).

Una vez recibida la información, se establece la etapa resolutive en la cual el órgano administrativo podrá emitir el dictamen que determine si existen o no elementos de convicción suficientes y necesarios (COA, 2019, Art. 256). El dictamen se remitirá al órgano competente. En el caso de las fiduciarias el órgano competente para resolver es el Intendente Nacional de Mercado de Valores y al Director Regional de Mercado de Valores, o su delegado, en el ámbito de competencias de la SCVS (Normas para Imposición de Sanciones por Procedimiento Administrativo (NISPA) 2018, Art. 2). Dicho criterio será incorporado al informe inicial (NISPA, 2018, Art. 21).

La última etapa se refiere a la ejecución en la que se verifica, por parte de la unidad administrativa, el cumplimiento de lo dispuesto en la resolución (NISPA, 2018, Art. 30).

4.3. Las Sanciones Administrativas y las Fiduciarias

El Artículo 207 del COMF II (2006) menciona las infracciones administrativas aplicables a los sujetos que participan del sector financiero, en lo referente a las fiduciarias, se aplica el numeral 8. Éste dispone que se considerarán como infracción administrativa el siguiente acto:

“8. No someterse los administradores de las sociedades administradoras de fondos a las normas legales y reglamentarias que regulan la inversión de fondos y el fideicomiso mercantil.” (COMF II, Art. 207, 2006)

En esta misma línea, el siguiente Artículo innumerado de la misma ley, establece los criterios para la aplicación de sanciones administrativas por parte de las SCVS. En particular, el numeral 10 menciona el criterio *Falta de Debida Diligencia*: “*La Falta de Debida Diligencia en el ejercicio de sus actividades en el mercado de valores;*” [énfasis agregado.]

Es bajo este criterio que la SCVS impone sanciones a las fiduciarias sin que exista en la ley o en la jurisprudencia ecuatoriana una tipificación de lo que constituye “*Falta de Debida Diligencia*” ni criterios exactos sobre lo que se debe interpretar por debida diligencia en el ámbito fiduciario.

4.4. Análisis de Casos

A pesar que el COA (Art. 29, 2018) establece la legalidad y la tipicidad como principio rector y expresamente menciona que (...) “las normas que prevén infracciones y

sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, ni tampoco de interpretación extensiva ” [énfasis agregado.] la subjetividad del concepto de Debida Diligencia, y la falta de tipificación del criterio “*Falta de Debida Diligencia*” en nuestro ordenamiento jurídico para los negocios fiduciarios, lleva al ente regulador y sancionador a actuar en oposición a los principios rectores del derecho administrativo y deja campo abierto a interpretaciones laxas o criterios subjetivos por parte de sus funcionarios públicos al momento de ejercer la potestad sancionadora.

Para fundamentar lo expuesto, se realiza un análisis de dos casos reales de fiduciarias que han sido sancionadas por la SCVS por *Falta de Debida Diligencia*. Los casos mencionados corresponden a las resoluciones No. SCVS-IRQ-DRMV-2017.1412 y No. SCVS.INMV.DNC.DNFCDN.16.0001789. Por reserva y discreción a las partes, no se utilizarán los nombres del fideicomiso o de la fiduciaria.

4.4.1. Caso (I) Fideicomiso de Administración

El Caso (I) fue constituido en febrero del 2011 y se dispuso que la Fiduciaria A administre un proyecto inmobiliario y disponga, según lo establecido en el contrato, de los bienes presentes y futuros. En el 2014, se da una cesión de derechos fiduciarios de constituyente de una compañía privada a otra. En este mismo año, mediante escritura pública, se realiza una sustitución fiduciaria y se traspasa la administración del fideicomiso a la Fiduciaria B. Meses mas tarde, se realiza nuevamente, mediante escritura pública una sustitución fiduciaria y se traspasa la administración a la Fiduciaria C. En el 2015, dos entes públicos adquieren derechos fiduciarios del fideicomiso en mención.

En abril del año 2016 la SCVS sanciona a la fiduciaria C por la infracción, de “no someterse a las normas legales y reglamentarias que regulan la inversión de fondos y el fideicomiso mercantil” (COMF II, Art. 207. 8, 2006) con atención al criterio “Falta de Debida Diligencia” y motivando su decisión en el Artículo innumerado a continuación del Artículo 1 del COMF II, específicamente lo dispuesto en los numerales 2 y 4; y en el Artículo 103 literal a) y el segundo inciso del literal b); adicionalmente el Artículo 112 y 125 numeral 8 del mismo cuerpo legal.

El Artículo innumerado a continuación del Artículo 1, establece los Principios rectores del Mercado de Valores, siendo el 2 la “Protección del inversionista” y el 4 la “Información simétrica, clara, veraz, completa y oportuna.” En lo referente al Artículo 103 el literal a) dispone:

“a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente,” y el segundo inciso del literal b) “Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de estos (COMF II, Art. 103, 2006).” [énfasis agregado.]

El Artículo 112 define a los negocios fiduciarios como:

“Aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del

constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes” (COMF II, Art. 112, 2006)

Y finalmente el Artículo 125 hace referencia al tipo de obligaciones de medio y no de resultado. Siendo la parte relevante la siguiente:

“El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.”

Lo relevante de los Artículos antes mencionados es la distinción del fideicomiso mercantil del encargo fiduciario, señalando que la transferencia de propiedad solamente ocurre con el fideicomiso mercantil y no con el encargo (COMF II, Art. 125, 2006). Y del Artículo 125, donde se hace referencia a la culpa y a las obligaciones de medio y no de resultado y que este responde solamente hasta por culpa leve.

Por consiguiente, de todos los incumplimientos previamente establecidos, ¿Cuál es el tipo sancionado? De todos los incumplimientos mencionados y aplicados como base legal de la motivación de la sanción, ninguno se encuentra tipificado en la ley como *Falta De Debida Diligencia*. Bajo este precepto, la SCVS estaría interpretando extensivamente que, la vulneración de las normas mencionadas constituye el tipo Falta de Debida Diligencia, a pesar de que la ley no lo contempla o trata como tal, y ya que no existe

norma que establezca que estas constituyen Falta de Debida Diligencia, no se debería sancionar los incumplimientos bajo este tipo.

Ahora, asumiendo que la fiduciaria no ha cumplido con una de las obligaciones mencionadas, por ejemplo, actuar “bajo los principios de contabilidad generalmente aceptados,” ¿cuál sería la sanción aplicable? ¿Se debería sancionar por falta de debida diligencia el incumplimiento de una obligación a pesar de que esta no este tipificada?

El Artículo 208 de la COMF II (2006), menciona que se impondrán sanciones administrativas teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de la infracción administrativa, para lo que se considerará la magnitud del perjuicio causado, calificando las distintas infracciones como leves y graves y el tipo de multa que esta con lleva. En el mismo Artículo el código establece a las instrucciones como: leves, graves y muy graves.

La infracción leve, aplicada en el caso como sanción por Falta de Debida Diligencia, hace referencia a:

“(…) meros retrasos en el cumplimiento de obligaciones formales o incumplimiento de otras obligaciones que no lesionen intereses de partícipes en el mercado o de terceros o lo hiciere levemente, se sancionarán alternativa o simultáneamente con: 1.1. Amonestación escrita. y/o 1.2. Multa de 6 a 12 salarios básicos unificados” (COMF II, Art. 208, #1,2006)

Por otro lado, la Infracción grave se refiere aquellos “actos que penene en serio peligro o lesionan gravemente los intereses de los partícipes en el mercado o de terceros” y las infracciones muy graves son las que ponen en “gravísimo peligro o lesionan

enormemente los intereses de los participantes en el mercado o de terceros, atentando contra el objeto de la ley.” (COMF II, Art. 208, # 2 y 3, 2006)

Si se considera como hipotético que la fiduciaria incumplió con una obligación legal como la establecida en el Artículo 103 # b), su sanción debería ser aplicada, siempre y cuando se encuentre tipificada y según el Artículo 208, en relación con el perjuicio causado. En el caso analizado, la SCVS interpreta extensivamente la norma para incorporar obligaciones independientes, que no se encuentran tipificadas como infracciones administrativas, bajo un solo criterio que no está claramente definido por la ley y que, adicionalmente, no define a los incumplimientos antes mencionados, como Falta de Debida Diligencia.

Adicionalmente, el Articulado innumerado anterior al Artículo 208 del mismo cuerpo legal menciona los “criterios” para la gradación de las sanciones, en estas, no se encuentran las infracciones citadas por la SCVS en su motivación al sancionar a la Fiduciaria C, ni tampoco se encuentran detalladas bajo el numeral 10. el cual hace referencia a la Falta de Debida Diligencia. Por lo que se vuelve indispensable enfatizar la violación a la seguridad jurídica, al principio de legalidad y de tipicidad que se da por parte del ente sancionador al imponer multas por uno o varios incumplimientos categorizados bajo un tipo que no se encuentra definido.

La Corte Constitucional en el caso No. 1227-2008-RA en el que la Superintendencia de Bancos cierra una calificadora de Riesgos, al respecto menciona:

"Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: 1. Nadie podrá ser juzgado por un acto

u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley.” (No. 1227-2008-RA)

Por lo tanto y si se considera a la debida diligencia como un conjunto de actos que debe ejecutar la fiduciaria, el tratar cada acto por separado, como lo hace la SCVS en el caso (1), contradice la propia construcción lógica de la norma. Si la infracción es la Falta de Debida Diligencia y los supuestos de hecho son los diversos actos que conllevan a concluir que la fiduciaria no ha sido diligente, deberían estos estar tipificados y ser considerados como uno, siendo el rol del ente de control verificar si dicha omisión o actos es un acto negligente. Esto quiere decir que no es la función de la SCVS analizar si el fiduciario actuó correctamente. Su función es determinar si con los recursos, medios e información a su alcance, el fiduciario actuó bajo la ley o no.

4.4.2. Caso (II) Encargo Fiduciario

En mayo del 2014, se crea el encargo fiduciario a favor de la fiduciaria X. En julio del 2017, la fiduciaria X es sancionada por *Falta De Debida Diligencia* en la administración, por varias observaciones entre estas, “la falta de presentación del último informe de rendición de cuentas anual correspondiente al periodo mayo 20XX a mayo 20XX a los constituyentes y beneficiarios del Encargo Fiduciario.” (No. SCVS.INMV.DNC.DNFCDN.16.0001789) haciendo referencia a la obligación de rendir cuentas establecido en el literal c) del Art.103 del COMF II (2006), el cual dispone que es obligación del fiduciario:

“c) Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de

estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;” (COMF II, Art. 103, 2006) [énfasis agregado.]

Sobre esta obligación, las partes acordaron que se deberá reportar por medios electrónicos. Tomando en cuenta que el contrato es un título habilitante que define las obligaciones y responsabilidades de cada parte y que es el instrumento que establece los términos de intervención entre los constituyentes y la fiduciaria; y lo establecido en el literal c) del artículo antes mencionado, la fiduciaria cumple con la obligación y envía los estados de cuenta por medios electrónicos. La SCVS, no toma en cuenta este cumplimiento y sanciona a la fiduciaria por Falta de Debida Diligencia.

La Fiduciaria X interpuso un recurso de revisión ante la autoridad máxima de la SCVS, recurso que fue resuelto y negado el 4 de septiembre del año 2017, mediante resolución No. SCVS-INPAI-2017-00020141. La fiduciaria X, prosiguió a demandar a la SCVS ante Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. En la demanda, presenta como argumento la falta de tipicidad de las sanciones aplicadas. La acción sigue en proceso.

Independiente al cumplimiento o no de la obligación mencionada, nuevamente se vulnera la seguridad jurídica y se viola los principios de legalidad y tipicidad, ya que el tipo sancionado no es claro. La ley no establece que se debe entender por Falta de Debida Diligencia la no rendición de cuentas, ni tampoco menciona la interpretación que se debe dar a las obligaciones establecidas por las partes en el contrato. El tipo no dispone que prevalece: si la interpretación de los establecido entre las partes (incluyendo la forma que se debe cumplir la obligación) o la interpretación por parte de la SCVS de la forma de cumplir la obligación establecida en el contrato de solamente una de las dos partes.

5. Conclusiones

Debido a que la ley y la jurisprudencia ecuatoriana no determinan con criterios exactos y precisos aquellos actos o tipos que constituyen la Falta de Debida Diligencia se planteó el problema jurídico del presente documento; *La Falta de Tipicidad en las Sanciones Administrativas Impuestas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a las Fiduciarias por Falta de Debida Diligencia*.

En respuesta al problema se concluye que la falta de tipicidad deja el campo abierto a interpretaciones laxas o subjetivas por parte del ente de control y por consecuencia una extralimitación en las actuaciones del funcionario público al sancionar a las fiduciarias por uno o varios actos que pueden o no constituir una Falta de Debida Diligencia.

La potestad punitiva del Estado, en el ámbito administrativo como en el penal, se basan en las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Y en ambos casos, cuando uno de estos elementos falta, no se puede establecer el tipo ni la sanción. Es decir que, si se analiza la imposición de la sanción administrativa impuesta por la SCVS tomando en cuenta solamente los elementos esenciales, haría falta en la imposición de las sanciones a las fiduciarias por Falta de Debida Diligencia, el elemento esencial, la tipicidad.

Así mismo, tanto la Constitución, la ley, como jurisprudencia internacional establecen los principios para la aplicación de sanciones administrativas. El principal, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Principios directamente

relacionados al principio de tipicidad y legalidad, que al no ser respetados por la SCVS al momento de imponer sanciones no tipificadas viola la seguridad jurídica del país.

El contrato de fideicomiso es un contrato bilateral que contiene responsabilidades y obligaciones recíprocas. La responsabilidad hace directa referencia a la diligencia y cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de las obligaciones. La doctrina identifica cuatro elementos de la responsabilidad, la ilicitud, culpa, daño y nexo de causalidad. En caso de que faltara uno de estos elementos no se podría establecer la responsabilidad. Esto quiere decir que, si no está claramente establecido el acto ilícito, tampoco está la obligación y por consecuencia el acto diligente, en otras palabras, no se podría identificar ninguno de los elementos adicionales y no se podría instituir la falta de diligencia o el incumplimiento de la obligación. Y en el caso de las sanciones impuestas por la SCVS a las fiduciarias por *Falta de Debida Diligencia*, la sanción no correspondería al ilícito mencionado en el contrato ni en la ley.

Al analizar la diligencia en el ámbito civil se desprenden que la gestión del fiduciario es de medio y no de resultado y que el fiduciario debe actuar diligentemente sin que esta carga y *expertise* suponga la garantía de obtener el resultado. De tal forma que además de la diligencia y prudencia que debe emplear el fiduciario para lograr el fin establecido en el contrato la eficacia de su gestión depende de que sus obligaciones y responsabilidades estén claramente establecidas en mismo. Y si estas no están, no debería existir responsabilidad contractual, es decir, la SCVS no podría sancionar sobre un elemento en el cual la responsabilidad no es clara.

Al definir el concepto se concluye que a pesar de que varios cuerpos normativos intentan definir el concepto de debida diligencia su interpretación y aplicación varía. La normativa ecuatoriana no define con exactitud qué es *la Falta de Debida Diligencia*, ni establece un concepto que ayude a cuantificar una debida diligencia fiduciaria. La subjetividad y falta

de determinación de los actos o tipos que constituyen la *Falta de Debida Diligencia* es lo que puede llevar al ente regulador y sancionador a actuar arbitrariamente al momento de imponer sanciones.

La SCVS tiene facultad de imponer sanciones a las fiduciarias por medio del Intendente Nacional de Mercado de Valores en base al Artículo 208 numeral 8 y al Artículo siguiente innumerado numeral 10 del COMF II. Articulado que establece la obligación de las fiduciarias de someterse a las normas legales establecidas en la ley y en caso de que esto no ocurra se podrá imponer sanciones por la Falta de Debida Diligencia. Es decir, no define, no establece criterios exactos y por ende no tipifica.

En base a los casos mencionados se concluye que la falta de definición del concepto lleva al ente a tratar cada acto por separado, y esto contradice la propia construcción lógica de la norma. Si la infracción es la Falta De Debida Diligencia y los supuestos de hecho son los diversos actos que conllevan a concluir que la fiduciaria no ha sido diligente, deberían estos estar tipificados y ser considerados como uno.

En conclusión, la falta de tipicidad, claridad y entendimiento del concepto de Debida Diligencia, de la figura de la fiduciaria y su responsabilidad sobre los fideicomisos, por parte del ente sancionador lleva a la aplicación de sanciones inmotivadas y a inseguridad e incertidumbre jurídica y legal, así como también a la arbitrariedad de las autoridades al aplicar las sanciones, quienes tienen el deber de guiarse por los principios fundamentales del derecho sancionador; el principio de legalidad y tipicidad.

Referencias

Alveo. E. (2016). El Riesgo en la actividad fiduciaria. Recuperado el 10 de marzo de 2020: <https://www.academia.edu>

Baena, L. (2013) Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario.

Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. (2001). Sentencia de 2 de febrero de 2001. Oficio No. SVVS. IRQ, DRMV.SNFCDN.2017.01. 00527.OF (Corte IDH).

Barragán, G. (SF). Elementos del Daño Moral. Óp. cit., p. 17

Bermúdez, J. (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas". Revista Chilena de Derecho, Número Especial, p. 324-325

Bustamante, G. (2005). La Fiducia en Colombia Según la Justicia Arbitral. Revista de Derecho Privado, p. 81-114.

Caso No. 1227-2008-RA. (2009) Resolución de la Corte Constitucional 1227. Registro Oficial Suplemento 641. (Corte Constitucional)

Caso No. 1854-15-EP Registro Oficial Edición Constitucional 50. Publicación: 29-may.-2018. (Resolución de la Corte Constitucional 73.)

Chavarría, C. (2014) La diligencia como elemento de la naturaleza de las obligaciones. Revista de Estudios. N° 7

Cevallos, V. (2009). Contratos Civiles y Mercantiles. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Centro de Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), (2010). Debida Diligencia en la investigación de violaciones a los derechos humanos Edición. Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 10 de marzo de 2020: <http://www.corteidh.or.cr>

Claro Solar, L. (1978). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: de los bienes. 2ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 320.

Código Orgánico Administrativo. (2017). Registro Oficial Suplemento 31 del 07-julio de 2017. Sin reformas.

Código Civil Ecuador. (2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005. Reformado el 12 de abril del 2017.

Código Orgánico Integral Penal, COIP (2014), Estado de vigencia: REFORMADO, Fecha de publicación: 10-feb.-2014, Última reforma: 24-dic.-2019

Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores. (2006) el 22 de febrero del 2006. Reformado el 18 de abril del 2017.

Codificación Res Junta Política Monetaria Libro Tercero Tomo XIII Resolución De La Junta De Política Monetaria Y Financiera. (2017) Reformado el 14 de mayo del 2019

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 y Registro Oficial 490

Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32)

Cordero E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. Foro: Revista de Derecho, vol. XXV, No. 2, Página 146.

Cordero E. (2013). Concepto Y Naturaleza De Las Sanciones Administrativas En La Doctrina Y Jurisprudencia Chilena. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 20 - No 1, 2013 p. 79-103.

Cordero E. (2014) Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er Semestre) [p. 399 - 439]

Cuba B., Valverde, G., Paredes, B., Miranda, M., Gallo, W. (2010). Problema descuidado: el fin de la sanción administrativa. Revista Nuevas Tendencias E Innovaciones Del Derecho Administrativo. p. 363.

Clusellas, E. y Ormaeunea, C. (2003) Contratos con garantía fiduciaria. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma. S.R.L., p. 98.

Comadira, (2015) "El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger, Buenos Aires, El Derecho, N° 13.825,

Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, ERJAFE. (2019) Decreto Ejecutivo 2428 Registro Oficial 536 de 18-mar.-2002. Estado: Reformado

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional. (2013) Resolución No. ADM-13-003 Registro Oficial No. 420.

Ferrán, B. (1987). La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. p. 33.

Fernández, J. (2002). El Delito Imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones. Revista de Derecho. Volumen XII.

González, R. (2009). Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina. 1era ed., Guayaquil: Edino.

García Gómez de Mercado, F. (2007). Sanciones administrativas. garantías, derechos y recursos del presunto responsable. Estudios de derecho administrativo, 3a ed., dirigida por ESTANISLAO ARANA GARCÍA. Madrid: Comares.

Iriarte, C. (1992). De la Fiducia Mercantil, Naturaleza Jurídica y especies. . Revista Universitaria, jurídica y Socioeconómica. 403-410.

Luna, A. (2015). La Seguridad Jurídica y las Verdades Oficiales del Derecho. Dykinson. Madrid. p. 340.

Mejía, O. (Año), Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionador. Bogotá: Ibañez. p. 138.

Mendoza, E. (2016). Fideicomiso Mercantil, Concepto y Breves Antecedentes Históricos. Revista Jurídica Online, 1 - 36. Recuperado el 10 de marzo de 2020: <https://www.revistajuridicaonline.com>

Merlano, J., (2008). La Identidad Sustancial entre el Delito y la Infracción Administrativa. Anotaciones a propósito de la aplicación analógica de la ley en el derecho administrativo sancionador. Revista de Derecho, ISSN 0121-8697

Merlano, J. (2017). Aspectos generales de la potestad punitiva del estado: la identidad sustancial entre delitos e infracciones administrativas y la aplicación analógica de la ley. ISBN: 978-958-8921-37-2. p. 115.

Muñoz, F. (2004). Teoría General Del Delito, 3a Ed. Madrid: Tirant Lo Blanch. P 717

Mosset, J. y. Piedecabras, M. (2007). Responsabilidad Contractual. 1ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 11.

Nieto A, (1994). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Editorial Tecnos. p. 21,22

Normas Para Imposición de Sanciones por Procedimiento Administrativo, (2018). Registro Oficial 257 del 07 de junio del 2018. Sin reformas.

Ley de Compañías Ecuador. (1999). Registro Oficial 312 del 5 de noviembre de 1999. Reformado el 23 de octubre del 2018.

O'Callaghan, X. (S/A). Negocios Fiduciarios. Compendio de Derecho Civil. Tomo 1. Lección 22ª

RAE. Debida Diligencia. Recuperado el 16 de abril de 2020: <https://dej.rae.es>

Reglamento Para Imposición De Las Sanciones En El Ámbito Societario, (2019). Registro Oficial 419 del 01 de febrero del 2019

Resolución No SCVS- INPTID –DNPE- 2018-003. (2018). Planificación Estratégica Institucional 2018 –2021. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Resolución No. SCVS. INMV.DNC.DNFCDN.16.001789.

Resolución Q.IMV.09.2215 el 2 de mayo del 2019.

Rodríguez, S. (1997). La Responsabilidad del Fiduciario.1era ed., Medellín: Biblioteca Jurídica Díké.

Sánchez, A. (2008). El negocio Fiduciario, la Eterna disputa. España. Núm. 61, Revista de Derecho vLex.

Salgado, E. (2018) ¿De qué hablamos cuando hablamos de debida diligencia? Observatorio de responsabilidad Social Corporativa. Recuperado el 16 de abril de 2020: <https://observatoriorsc.org>

Sentencia No. 064-12-Sep-CC, Caso No. 0341-10-Ep (2012) (Corte Constitucional para el Periodo de Transición del 06 de agosto del 2012)

Sentencia No. 047-13-SCN-CC, (2012) (CN - Consulta de Constitucionalidad de Norma, 10 de agosto 2012)

Sentencia nº 0334-2013 13. (2013), 0529-2009. (Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de los Contencioso Administrativo)

Sentencia No. 037-13-SEP-CC (2013). 77-Segundo Suplemento 10 de septiembre de 2013 (Corte Constitucional, 24 de Julio de 2013)

Sentencia nº 91-2010. (2010). Juicio (Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de los Contencioso Administrativo de 18 de marzo de 2010)

Sentencia de 19 de marzo del 2013. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación.)

Solar. (1987). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: de los bienes. 2ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 320.

Trigo F. (1987) Responsabilidad civil de los profesionales. 1ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 28.

Ulloa, A. (2017). El derecho de defensa en el proceso disciplinario. Revista judicial Derecho: lahora.com.ec.

Valenzuela S. (2015). Due Diligence – Debida Diligencia. La Republica.
Recuperado el 16 de abril de 2020: <https://republica.gt>

ANEXOS

Tabla 1. Tabla de Abreviaturas

Nombre	Abreviatura
Constitución de la República del Ecuador	CRE
Código Civil	CC
Código Orgánico Integral Penal	COIP
Código Orgánico Administrativo	COA
Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva	ERJFE
Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera,	JPRMF
Ley de Compañías	LC
Ley de Mercado de Valores contenidas en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero	COMF II
Norma de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismos y Otros Delitos	NPLAFTOD
Normas para Imposición de Sanciones por Procedimiento Administrativo	NISPA
Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros	SCVS

Nota: Tabla referencial de abreviaturas.

